

P O R

DOÑA MARIA ANTONIA

DE TOBAR Y VERA, DAMA DE LA Reyna nuestra Señora; y el Licenciado don Luis de la Palma, Abogado de los Reales Consejos, su Curador ad litem.

C O N

Don Fernando Carlos Antonio de Tobar y Vera, Vizconde de Sierra Braua su hermano.

S O B R E

La Tenuta del Mayorazgo que fundaron Geronimo de Tobar, y doña Catalina Lopez de Ribera su muger.

HECHO.

Num. 1. 
Eronimo de Tobar, y doña Catalina Lopez de Ribera ſu muger, otorgaron eſcritura de fundaciō de Mayorazgo en 18. de Octubre del año de 1515. en Villacaſtin, ante Antonio Recente, Eſcriuano, de los bienes expreſſados en ella, con los llamamientos ſiguientes.

Num. 2. En primer lugar llaman a Iuan de Tobar ſu hijo, y deſpues dèl, a ſus hijos, y deſcendientes varones, y hembras, con llamamientos ordinarios. *Por manera que ſiempre ſe prefiera el mayor al menor, y el varon à la hembra*; pero en caſo que la ſuceſsion vinieſſe à hembra caſada, ò que ſe caſaſſe con otro Mayorazgo; diſpuſieron que no ſe juntaſſe eſte Mayorazgo con el otro de ſu marido, antes ſucedieſſe ſu hijo, ò hija ſegundo, que por ſer la clauſula ſubſtancial deſte pleyto, ſe pone à la letra.

CLAVSVLA.

Num. 3. ¶ *Con tanto, que queremos, y es nueſtra voluntad, que quando viniere eſte Mayorazgo en hija hembra, y eſta fuere caſada con otro Mayorazgo, ò ſe caſare, que eſte nueſtro Mayorazgo no ſe junte con el otro de ſu marido, antes le aya, y herede el ſu hijo, ò hija ſegundo apartadamente del otro, porque ſe conſerue nueſtra memoria, è perpetuamente trayga ſolas nueſtras armas, y renombre.*

Num. 4. Los miſmos Fundadores Geronimo de Tobar, y Catalina Lopez en 11. de Enero de 1519. ante el miſmo Antonio Recente Eſcriuano, otorgaron otra eſcritura de acrecentamiento de bienes a eſte Mayo-

yo-

yorazgo, con los mismos llamamientos, vinculos, y condiciones de la primera fundacion.

Sucediò Iuan de Tobar primero llamado, y en primero de Nouiembre de 1529. hizo acrecentamiento ansimismo al dicho Mayorazgo de diferentes bienes, con los mismos llamamientos, vinculos, y condiciones dèl, por ante Diego Garcia, Escriuano de Villacastin, poniendo a la letra la misma forma, è llamamiento del hijo segundo, puesta por sus padres. Num. 5.

Por muerte de Iuan de Tobar sucediò en este Mayorazgo Geronimo de Tobar su hijo, de quien fueron hijos legitimos Iuan de Tobar, Hernan Guillerme de Chaues, y doña Eluira de Tobar. Sucediò dicha doña Eluira biznieta de los Fundadores, por muerte de su padre, y de sus dos hermanos varones, y no auer dexado succession, fue casada con Peribañez de Segouia, que posseìa otro Mayorazgo. Deste matrimonio tuuieron tres hijos, que fueron, don Iuan Ybañez, y don Pedro Ybañez, y doña Antonia de Tobar; muriò el dicho Peribañez de Segouia, y por su muerte sucediò en su Mayorazgo don Iuã Ybañez su hijo mayor, y por morir sin descendientes, sucediò en èl don Pedro su hermano. Num. 6.

Muriò la dicha doña Eluira de Tobar su madre, con que compitieron la succession deste Mayorazgo el dicho don Pedro Ybañez hijo mayor, y doña Antonia hija segunda de los susodichos; y aunque el dicho don Pedro Ybañez auia cedido el Mayorazgo de su padre a fauor de don Pedro Ybañez su hijo, pareciendole que con quedar desembaraçado del Mayorazgo de su padre, podria suceder en este de los Tobares, que era de mas valor, sin embargo le venciò la dicha doña Antonia, como hija segunda en la tenuta, propiedad, y en las mil y quiniẽtas, Num. 7.

cuya

cuya executoria eſtà preſentada en los autos, pieza ſegunda.

Num. 8. Por muerte de dicha doña Antonia de Tobar, q̃ tambien ſe hallaua caſada con don Diego de Vera anſimiſmo Mayorazgo, aunque dexaron dos hijos, que fueron don Iuan de Vera, y doña Maria de Vera, que fue Cõdeſa de la Roca; ſucediò la dicha doña Maria, como hija ſegunda.

Num. 9. Por muerte de la dicha doña Maria de Vera Cõdeſa de la Roca, que ſe hallò caſada con don Iuan Antonio de Vera Conde de la Roca, de los Cõſejos de Guerra, y Hazienda de ſu Mageſtad, poſſeedor del Mayorazgo de los Veras, ſe diò principio a eſte pleito de tenuta entre los dichos don Fernãdo Carlos Antonio de Vera, Vizconde de Sierra Braua, primogenito de los dichos Condes de la Roca, cõ la dicha doña Maria Antonia de Tobar y Vera ſu hermana, hija ſegunda de los ſuſodichos.

Num. 10. Quibus ſuppoſitis, doña Maria Antonia de Vera pretende la tenuta deſte Mayorazgo, con frutos, y rentas deſde la muerte de doña Maria de Tobar ſu madre. Y la juſtificacion de ſu pretenſion ſe fundarà en los dos articulos ſiguientes.

Num. 11. En el vno, que quanto quiera que don Fernando Antonio Carlos de Vera ſea hijo primogenito varõ de la dicha Condeſa doña Maria de Vera, y del Cõde de la Roca ſus padres, y le aſsiſtan las reglas ordinarias para ſuceder en eſte Mayorazgo de los Tobares, en competencia de doña Maria Antonia de Vera ſu hermana, ſin embargo ha de vencer la ſuſodicha por hija ſegunda en fuerça de la volũtad de los Fundadores, no obſtante que no aya llegado el caſo de auer ſucedido el Vizconde en el Mayorazgo de ſu padre.

Num. 12. En el ſegundo, que quando eſte Mayorazgo no

fue-

fuera,como es,de ſegundogenitura,y fundado à fauor de hijo ſegundo en el caſo de auer ſucedido en en èl hembra que fueſſe caſada, ò ſe caſaſſe cõ otro Mayorazgo, ſino que fueſſe de incompatibilidad (quod negatur) adhuc no podia, ni puede ſuceder en èl el Vizconde, por auer ſucedido en otro Mayorazgo fundado en ſu cabeça por el Arçobiſpo, Obiſpo del Cuſco ſu tio, de quarenta mil ducados de plata, con grauamen de nombre, y armas incõpatible con el de los Tobares.

Articulus Primus.

AVnque la parte del Vizconde ſe vale, de que Num. 13.
por ſer varon, y primogenito de ſus padres le aſsiſten las reglas ordinarias para vencer a doña Maria Antonia ſu hermana en la tenuta, que eſtà pendiẽte, ex notatis à D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 4. num. 13. & 14. & num. 4. Caſtillo cõtrouerſ. tom. 6. cap. 160. num. 9. cum vulgaribus, y tambien por dezir, que los primeros llamamientos fuerõ a fauor del hijo primogenito, por auer llamado à Iuan de Tobar ſu hijo mayor, y a falta dèl, a ſus hijos, y deſcendiẽtes varones, y hembras, con llamamientos ordinarios, y prelacion del mayor al menor, y del varon, a la hembra.

Pero reſpondeſe, que eſtamos en el caſo, y caſos Num. 14.
en q̃ no proceden dichas reglas, ſino en la limitaciõ dellas, por auer clauſula expreſſa en la fundaciõ deſte Mayorazgo, que dize anſi: *Con tanto, que queremos, y es nueſtra voluntad, que quãdo viniere eſte Mayorazgo en hija hembra, y eſta fuere caſada con otro Mayorazgo, ò ſe caſare; que eſte nueſtro Mayorazgo no ſe junte con el otro de ſu marido, antes lo aya, y herede el ſu hijo, ò hija ſegundo apartadamẽte del otro, por*

 que

que se conserue nuestra memoria, y perpetuamente traiga solas nuestras armas, y renombre. Y este caso ha llegado, porque este Mayorazgo de los Tobares vino à parar en hembra, que fue doña Maria de Tobar y Vera, que se hallò casada con don Iuan Antonio de Vera, Conde de la Roca, padres de ambos litigantes, posseedor dicho Conde del Mayorazgo de los Veras; demanera, que se hallan calificadas todas las condiciones con que està llamado el hijo segundo, y su linea, l. si hæredi plures, ff. de condit. inst. l. 13. tit. 4. par. 6. Parisius cons. 72. num. 76. lib. 3. Surdus decis. 135. num. 1. Y assi la disposicion desta clausula se ha de reputar por pura, vt in l. fin. §. 1. ff. de vulgari, & ibi notant Angel. Alexand. & Ias. num. 3. Decius in l. pecuniam 2. notabili qui aducit concordantes, ff. si certum petatur, Tiraq. de retractu lignag. §. 1. glos. 2. n. 27.

Num. 15. Con lo qual auiendo llegado el caso en que los Fundadores se apartaron de las reglas, y quieren que suceda en este Mayorazgo el su hijo, ò hija segundo apartadamente del otro Mayorazgo, porque se conserue su memoria, y trayga perpetuamente solas sus armas, y renombre, & nulli dubium sit, que la voluntad de los Fundadores es la que tiene el primer lugar en las sucessiones, leg. in conditionibus, ff. de condit. & demonst. auth. de restitut. fideicommissi, §. nos igitur, col. 3. ibi: *Non qui à lege, sed qui à testatore anteponitur*, l. cum ita, §. in fideicõmisso, ff. de leg. 2. ibi: *Nisi defunctus ad vlteriores voluntatẽ suam extenderit*, l. 40. Taur. ibi: *Saluo si otra cosa està dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el Mayorazgo; que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que le instituyò*, D. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 2. num. 27. Mieres 4. part. quæst. 33. nu. 4. Mantica de coniectur. lib. 8. tit. 18. num. 23. Matienço

in l.7.tit.7.lib.5. Recopil. gloss. 3. num. 3. Castillo tom. 6. controuers. cap. 178. num. 15. Inde est, que quanto fundamento se hiziere en las reglas ordinarias, es hazerle contra la verdadera ley, que es la clausula referida, y voluntad de los Fundadores; y en oposicion della, siendo como es su voluntad, excepcion, y limitacion de dichas reglas, cuius natura est, in casu excepto, regulam destruere, ex l. in his, ff. de legibus, Castillo d. cap. 178. num. 2. Euerardus loco 9. ab exceptione ad regulam, in princ.

Y bien assegura el derecho de doña Maria Antonia la clausula referida, como precissa limitacion de las reglas que assisten al varon primogenito, ex notatis per Dom. Molinam lib. 3. cap. 2. num. 28. ibi: *Sexta limitatio sit, quando ex maioratus dispositione filius secundogenitus excluso primogenito ad eius successionem inuitatur; tunc namque secundogenitus primogenitum ab eiusdem Maioratus successione excludet*; y para esto, quando la voluntad no fuera expressa (como lo es en nuestro caso) vt videre est ex prædicta clausula; bastaua que constàra della por conjeturas claras, vt notat Molin. d. num. 28. ibi: *Idque quando Maioratus institutor hoc expressè disponit, vel ex apertissimis coniecturis comprehendi potest, proculdubio seruandum est.* Num. 16.

Y assi justissimamente puede dezir doña Maria Antonia al Vizconde su hermano, en el caso presente, de te non loquitur substitutio, que es lo que dixo Bald. in l. ad probationem, C. de probation. num. 1. Iulius Clarus in §. testamentum, quæst. 76. vers. in alijs Dom. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. nu. 5. Peregrinus de fideicomm. art. 11. num. 37. Num. 17.

Y aunque era bastante prueba del concepto de los Fundadores, simple, y absolutamente exclusiuo del hijo primogenito, y de su linea, en el caso de venir Num. 18.

nir este Mayorazgo à hembra, que sea casada con otro Mayorazgo, y admissiuo de doña Maria Antonia, como hija segunda, y de su linea, assi por la letra, y inspeccion clara del llamamiento de hijo segundo, en que vino implicita exclusion del mayor, vt docet Bart. in l. 2. §. sed videndum, num. 2. ff. ad Tertulianum, ibi: *Cum aliquos voco alios videor excludere*, Mieres de maior. 2. p. quæst. 4. illat. 8. num. 25. Mantic. de coniectur. lib. 8. tit. 10. num. 8. Alciat. respons. 101. num. 10. ibi: *Tamen est prædilectus cum ea qualitate, quod sit secundogenitus eorum, qui tunc sint, qua qualitas cum non adsit, vitiatur dispositio*, Cephalus cons. 658. num. 35. lib. 5. dicens: *Quod substitutio filij secundogeniti, est ad exclusionem primi.*

Num. 19. Tiene este concepto otra prueba, que resulta de la imitacion, que los Fundadores tomaron de los antiguos, que en casos semejantes, con el intento de conseruar con mayor propiedad, y menos riesgo sus memorias, excluyeron de sus sucessiones à los hijos mayores, y a sus lineas; y eligieron la de los hijos segundos, como mas desembaraçadas, y mas capazes para su conseruacion, que es lo que despues de Alberico, dixo Ripa in rub. C. de secundis nupt. num. 7. & num. 12. ibi: *Secundo mouetur ex coniectura ta mente defuncti, quia ea ratione substituit secundogenitum, & non primum, quia arbitratus est primogenitum hæredem patris sui non esse, ita habilem portare nomen, & arma istius testatoris, sicut secundogenitum, indecens enim esset primogenito hæredi dimittere nomen, & arma familiæ, secundum Albericum, sicut & experientia docet à qua licet arguere*, cap. quam sit, de electION. in 6. *& ratio igitur excludit titulum, quod subintrauerat in locum primi, & hæreditatem patris adierat*, & iterum Ripa responso 1. titul. de substitution. num. 17. & 15. refert, & sequitur Mieres 2. p. quæst.

4. illat.

4.illat.8.num.25.Thesaut. quæst. forens. 34. num. 6.Roland.cons.58.nu.8.volum.3.Nata cons.676. num.41.volum.4.Decianus cons.7.vol.1.

REPLICA DEL VIZCONDE, y satisfacion à ella.

¶ Dize el Abogado del Vizconde, que la clausula referida, y el llamamiento de hijo segundo, que en ella se haze, no le prejudica, ni le impide el suceder en este Mayorazgo, porque dicha clausula, y llamamiento, mirò a hazer incompatible este Mayorazgo con otro, ibi: *No se junte este Mayorazgo con el otro de su marido*; ac proinde, que no auiendo, como no ha sucedido el Vizconde, en el Mayorazgo del Conde de la Roca su padre; no tiene impedimento para suceder en este de los Tobares, por no auer llegado el caso de la incompatibilidad. Num.20.

Esta replica tiene muy poco fundamento, ajustando que la mente principal, y absoluta de los Fundadores en el caso de venir este Mayorazgo à parar en hembra, que fuesse casada con otro Mayorazgo, no fue de hazerle de incompatibilidad, ni que para suceder en èl el hijo, ò hija segundo, necessite de llegar el caso, de que el primogenito huuiesse sucedido en el Mayorazgo de su padre, incompatible con este, ni de que se junten; sino que la mẽte de los susodichos, fue de nombrar en dicho caso por sucessor al hijo, ò hija segundo, en quien se conserue su memoria, y que traygan perpetuamente solas sus armas, y renombre. Desuerte, que de la inteligencia de la mente de los Fundadores, en lo dispuesto por dicha clausula, depẽde la determinacion deste pleyto, y es la que se deue procurar para el acierto della, Num.21.

l.fideicommiſſa,§.interdum,ff.de legat.3.ibi: *Multum autem intereſt arbitror, cui voluit proſpectum, cuiusque contemplatione teſtator fecerit.*

Num.22. Y de no auer prohibido abſolutamente la junta deſte Mayorazgo,con otro,reſpeto de todos los ſuceſſores,ſino ſolo quando la ſuceſsion vinieſſe a hẽbra, y eſta fueſſe caſada, ò caſaſſe con otro Mayorazgo; conſta que la intencion de los Fundadores no fue principalmente el prohibir la junta deſte Mayorazgo con otro, porque ſi lo fuera, generalmente la prohibiera; ſino excluir de la ſuceſsion deſte Mayorazgo,a los que tenian derecho preciſo de ſuceder en otro, con mayor obligacion de tomar, y conſeruar otro nombre,y armas, porque como los hijos ſon de la Caſa, y familia de ſus padres, y no de ſus madres,vt in l.familiæ,ff.de verb.ſign.ibi: *Quia qui naſcuntur, patris non matris familiam ſequuntur.* Les pertenecen los nombres, y armas de ſus padres, y no de ſus madres,vt probat Dominicus in cap. ſtatutũ,el 2.de hæret.lib.6.ibi: *Qui ſignat illum textum, ad hoc quod filius non debeat portare arma familiæ maternæ, ſed paternæ,*& cum Hoſtienſ.Ioann. Andreas, Panormit.& alijs probat Benedictus in cap.Raynuntius,de teſtam.verbo.*Raynuntius*, num. 1. cum ſequentibus,ò a lo menos le pertenece mas, y con mayor obligacion de cõſeruar el nombre, y armas del padre, que de la madre, vt cum Tiraquel. & Caſan. probat Domin.Molin.de primog.lib.2.cap.14.nu. 38.& 39.vbi reſoluit,que quando dos Mayorazgos concurren en vn poſſeedor,aunque tiene obligaciõ de traer el nombre,y armas del mas antiguo en mejor lugar,eſto ſe limita,ſi el mas antiguo procede de parte de madre, y el mas moderno de parte de padre,porque en eſte caſo,el nombre, y armas del padre han de preceder, que es tambien lo que notò Ri

pa in rubr. C. de secundis nupt. num. 7. & 12. ibi: *Indecens enim esset primogenito haredi dimittere nomen, & arma familia.*

Por esto los Fūdadores deste Mayarazgo en quā to la sucesion dèl, se conseruasse en sus descendientes varones, sin venir a hembra, y en la misma hembra (como no estuuiesse casada, ò se casasse cō otro Mayorazgo) no prohibieron, que este Mayorazgo se pudiesse juntar con otro, antes se puede justamēte entender que lo amaron, porque dello resultaua mas autoridad, lustre, y acrecentamiento a su Casa: considerando en los sucessores en quien no prohibieron la junta deste Mayorazgo con otro, que aunque tuuiessen otros Mayorazgos, hariā mayor estimacion deste, teniendole por principal, y trairian su nombre, y armas, por pertenecerle por parte de padre, guardando la formalidad de la clausula de su fundacion, q̄ dispone cerca dello; pero en caso que la hembra, à quien viniesse la sucesiō, estuuiesse casada, ò casasse con otro Mayorazgo, entonces prohiben, que no se junte con otro, y nombran por successor al hijo segūdo, para q̄ por muerte de su madre suceda en èl, porque reconocieron, que de los dos Mayorazgos, el primogenito sucessor, haria mayor estimacion del Mayorazgo de su padre, cuyo nombre se hallaua obligado a tomar, y traer sus armas; siendo ansi, que segun la clausula referida de la fundacion deste Mayorazgo, expressamente piden los Fundadores, que para conseruacion de su memoria, perpetuamente traigan los sucessores solas sus armas, y renombre, y por esto llaman a la sucesion deste Mayorazgo a su hijo, ò hija segundo, como mas desembaraçado, ibi: *No se jūte este Mayorazgo cō el otro de su marido, antes le aya y herede el su hijo, ò hija segūdo apartadamēte del otro.* Num. 23.

De

Num.24. De lo dicho resulta, que como en las sucessiones ordinarias tiene ventaja la linea primogenita, vt supra diximus, y que en naciendo el primogenito, adquiere derecho incomutable para si, y para toda su linea en exclusion del segundo genito, y de la suya, vt magistraliter tradit Dom. Molin. lib. 3. c. 6 num. 19. 34. & 37. Assi en el caso contrario en que en vez del primogenito, el llamamiento es de hijo, ò hija segundo; el hijo, ò hija segũdo tiene desde su nacimiento en el caso que es llamado, adquirido derecho para si, y para su linea en exclusion del primogenito, y de la suya; porque este llamamiento haze regla cõtraria al derecho del primogenito, Molin. d. lib. 3. cap. 2. num. 28. vers. *Sexta limitatio*, Mieres 2. par. quæst. 4. illat. 8. num. 25. & sic perconsequẽs necessarium, el Vizconde primogenito, y su linea, no pueden embaraçar la sucession à doña Maria Antonia de Vera hija segunda, expressamente llamada, ni vencerla en la tenuta que està para determinar, ni para llegar el caso de su llamamiento, fue, ni es necessario que el Vizconde su hermano aya sucedido en el Mayorazgo de su padre.

Num.25. Resulta otro fundamento precisissimo para calificacion de lo mismo, de que en todos los demas casos, y clausulas de la fundacion, en que los Fundadores priuan de la sucession al primogenito llamado, en caso de contrauenir, enagenar, hypotecar, ò obligar los bienes deste Mayorazgo, ò incurriendo en alguno de los delitos exceptuados, ò entrandose en Religion; en cada vno destos casos, y en la clausula posterior comprehensiua de todos: nombrarõ por substituto al siguiente en grado, que alias auia de suceder en caso de muerte, vt videre est ex verbis fundationis, ibi: *Que passe la sucession libremente a la persona que le huuiere de auer por esta disposiciõ*, & ibi: *Que*

Que aya los dichos bienes, y Mayorazgo el sucessor llamado despues de la persona que cometiere el tal delito, segun la orden, y sucessiõ susodicha, & ibi: *Suceda el siguiẽte legitimo sucessor, con los dichos vinculos, y precepto de nõbre, y armas*, & ibi: *Y q̃ luego lo aya, è lleue, è suceda en ello el sucessor, ò persona por nosotros llamada.* Desuerte, que en todos estos casos de contrauenciones particulares, que miran solo à contrauencion de la persona, y no a cosa, ni defecto que influyesse en la linea, excluyeron solo la persona contrauiniente, dexãdo por sucessor al que alias en caso de muerte lo auia de ser, reconociendo, que con esta forma de priuacion conseguian su intento, y que no era necessario excluir los sucessores en quien no se hallauan las culpas de la contrauencion, ni podia corresponder en ellos el efecto considerable de las penas della. Num.27.

Pero en el caso particular de la clausula indiuidual deste pleito, en que (viniendo este Mayorazgo a hija hembra casada, con otro Mayorazgo) se prohibio la junta, no se contentaron los Fundadores para prohibirla con llamar al siguinte en grado (como en todos los demas casos lo auian hecho) sino que hizieron el llamamiento de hijo segundo exclusiuo del hijo mayor, y de su linea con palabras tan apretadas, ibi: *No se junte cõ el otro de su marido, antes lo aya, y herede el su hijo, ò hija segundo apartadamente del otro, porque se conserue nuestra memoria, y trayga perpetuamente solas nuestras armas, y nõbre.* Num.26. Mostrando expressamente, que para su intento toda la linea primogenita era incapaz, y insuficiente, y que en sola la linea segundogenita auia capacidad para conseruarle, como en linea totalmente separada, y en la qual siempre apartadamente se podia cõseruar su memoria, sin la confusion que reconocian Num.28.

era preciso huuiesse en la linea primogenita por las mayores obligaciones della para la conseruació de la agnacion paterna, y por la noticia con que los de lla siempre auiã de ser conocidos por de aquella agnacion, y apellido; y porque nunca auian de poder conseruar el de su memoria, segun el cõcepto de su perpetua conseruacion, sola, y apartada de otras armas, y apellido, ibi: *Trayga perpetuamente solas nue stras armas, y renombre.*

Num. 27. Y por esto los Fundadores en el caso deste pleyto (que es el de la clausula referida) hizieron dos diferencias a todo el demas cõtexto de su disposiciõ: vna la del llamamiento de hijo segundo, en vez de de llamar, como en todos los otros casos llamarõ al siguiente en grado del sucessor contraueniente, que le auia de suceder en caso de muerte. Y otra no hablar con las personas (como en las demas clausulas antecedentes) sino con el Mayorazgo, ibi: *No se junte con el otro de su marido*; para dar a entẽder, que sin dependencia de personas, ni restitucion, que por medio dellas se huuiesse de hazer, auia, y ha de passar la sucession desde la hembra posseedora a su hijo, ò hija segundo, y no con el modo temporal, que es preciso aya entre las personas; sino que cõ el de su misma perpetuidad huyesse de la linea primogenita, y passasse a la segunda, para que fuesse perpetua, y real la prohibicion, ibi: *No se junte con el otro de su marido*, y que no solo mirasse a la persona del primogenito, sino a toda su linea, excluyendola, y incluyendo al segundogenito, y a la suya.

Num. 28. Quod comprobatur ex doctrina Baldi in l. præcibus 8. C. de impub. & alijs subst. num. 49. dicentis: *Quod quando hæreditas est grauata, & sic grauamen est scriptum in rem, afficit rem ad quemcumque vadat, & extenditur onus, in omnes*; quem ibidem se

qui-

quitur Salicet. n. 26. in fin. notat Greg. Lopez in l. 4. tit. 9. part. 6. glos. 2. ad fin. Mantic. de coniect. lib. 8. tit. 2. n. 6. D. Molin. lib. 1. cap. 4. n. 22.

Et in prohibitione alienationis in rem scripta, quod ex ea resultet perpetuum fideicōmissum, probant Iasson in l. filius famil. §. Diui el 2. lect. 2. n. 95. & ibi etiam Ripa num. 66. ff. de legat. 1. Curtius Iunior cons. 43. n. 11. Burgos de Paz cons. 44. n. 7. Num. 29.

Concurre otra ponderacion no menos legal, para conuencimiento de que la prohibiciō fue real, y lineal, y que no mirò solo à la persona del primogenito, sino a toda su linea, huyendo della, como incapaz de poder cumplir con la disposicion, y grauamen de nombre, y armas de los Fundadores, en la forma que lo mandaron, ibi: *Solas nuestras armas, y renombre*, en que no solo se puso la prohibicion al Mayorazgo, hablando con èl, sino que se expressò la causa de dicha prohibicion, *porque se conserue nuestra memoria, y renombre*, vt ponderat D. Larrea decis. Granat. 51. num. 17. ibi: *Præter supra adducta, inde procedit, quod ad hoc, vt realis incompatibilitas iudicetur, quippe causa vt prohibeatur concursus successionis eo respicit, ne memoria Fundatoris primogenij obliteretur ex alio Maioratu, quē possederit; ille cui noua Maioratus successio delata, nam cum familiam alterius sequi debeat, insignia, & stemata deferre, nomen, & arma noui primogenij obumbrauit, & cum id respiciat bona, inde grauamē reale existimabitur, quia in ipsam dispositionem, vt salua sit dirigitur*, Bart. in l. filius familias, §. Diui, ff. de legat. 1. vbi Ripa num. 110. Petra de fideicomm. quæst. 2. num. 33. & 34. Peregrin. eodem tractatu art. 14. num. 2. Simon de Prætis, de interpret. vltim. lib. 3. interpret. 3. solut. 10. num. 25. Surdus lib. 4. cons. 529. num. 7. Num. 30.

Y porque quando la causa de la exclusion del hi Num. 31.

jo primogenito, milita en sus descendientes, talis exclusio est realis, y queda toda la linea primogenita exclusa, en fauor de la persona llamada por los Fundadores, Barth. quem communiter sequuntur Decius cons. 584. num. 5. Ruinus cons. 120. num. 3. Menochius cons. 172. num. 31. in fin. Decian. cons. 98. num. 17 lib. 3. Cephalus cons. 103. num. 15. & per totum lib. 1. latè Castillo lib. 3. cap. 15. nu. 59. & sequentibus.

Num. 32. Y aunque el señor Larrea supone ser necessario el concurso de ambos Mayorazgos, vt sit locus incompatibilitati, es porque habla en los terminos de la ley 7. tit. 7. lib. 5. nouæ Recop. cuya disposicion principal, fue prohibir la junta de dos Mayorazgos de la cantidad que refiere la ley, la qual supone el cõcurso, y junta dellos para la incompatibilidad, ibi: *Se vinieren à juntar dos Casas de Mayorazgo*, sin que en los terminos de dicha ley aya resistencia legal, que impida el deferirse ambos a dos, por dar la misma ley eleccion de vno dellos al primogenito, despues de auerse juntado en èl, lo qual cessa quando no ay eleccion, como en nuestro caso, vt dicemus infra; y assi el sentir del señor Larrea corre llanamente, y sus doctrinas para calificacion de que auiẽdo sido la prohibicion puesta al Mayorazgo, y expressãdose por causa della la conseruacion de la memoria, y renombre de los Fundadores, se ha de tener la dicha prohibicion por real, y lineal, exclusiua, no solo de la persona del primogenito, sino de toda su linea, y inclusiua la disposicion, y llamamiento de los Fundadores, hecho en el hijo segundo, no solo dèl, sino de toda su linea.

Num. 33. Excluyese de todo punto la pretension del Vizconde, considerando que su defensa consiste en dezir, que por no auer sucedido en el Mayorazgo de

su

ſu padre, puede ſuceder en eſte de los Tobares, y que ſucediendo en èl, entonces eligirà el que dellos le pareciere, vt videre eſt, de ſu miſma alegacion, pag. 1. fol. 12. B. en la qual reſpondiendo à la demanda de Tenuta intentada por eſta parte, dize anſi: *Lo otro porque llegado el caſo del concurſo, puede el hijo mayor elegir vno de los Mayorazgos, y neceſsitarle el eſtado de la hazienda, à que elija el de Tobar, y eſta opoſicion no ſe puede hazer, ſino deſpues de deferida, y adquirida la ſuceſsion de ambos Mayorazgos.*

At prædicta defenſio non ſolum non ſubſiſtit iure, ſed potius opponitur expreſsè a la voluntad, y diſ poſicion de los Fundadores, quæ vt forma, conditio, & ſubſtantia diſpoſitionis attendi debet, ad ipſius obſeruationem, Baldus in cap. cum inueteri, de electión. Tiraquel. in l. ſi vnquam, verbo, *Libertis*, num. 52. C. de reuocandis donationib. Gutier. in repetitione legis, nemo poteſt, num. 3. & 4. ff. de legat. 1. Num. 34.

Non ſubſiſtit iure, porque ſiendo el fundamento de ſu defenſa, el dezir, que ſucediendo en vno, y otro Mayorazgo, eligirà el que le pareciere, euaneſcit hoc fundamentum, porque ſegun diſpoſicion de derecho, electio non competit, niſi à lege, vel à teſtatore concedatur, vt ponderat & reſoluit Caſtillo, controuerſ. tom. 6. cap. 179. num. 1. ibi: *Obſeruandum inquam, atque conſtituendum nunc erit, eiſdē terminis ſuppoſitis, tunc demum filio maiori, vnius Maioratus electionem competere, & alterum dimittere, quādo ſpecificè & expreſsè electio ipſa illi conceſſa fuerit per inſtitutorem, prout in d. l. 7. filio eidem maiori expreſsè conceſſa fuit, inſtitutor namque qui prohibuit ſui Maioratus cum alio coniunctionem, & vnionem, & ne filius maior, aut in tali Maioratu ſucceſſurus, in ſuo ſuccederet, concedere poteſt eligendi facultatem, vt poſsit vnum* Num. 35.

eli-

eligere, & alium dimittere; etiam si in alio iam successisset, quando sui Maioratus successio delata fuisset, sed si eligendi facultatem non expresserit, eam potius omiserit; aliter quidem dicendum est, nec eidem, alterius Maioratus possessori, cum alio incompatibili, electio concedenda, si iam alterius Maioratus possessionem actualem adeptus fuisset eumve acceptasset, & ibi: *Pone Maioratus institutorem expressè ab eius successione exclusisse filium maiorem, vel alium, alterius Maioratus, successorem, vel qui in alio Maioratu successurus esset* (que es nuestro caso) *vel iam successisset, & filium secundum, vel alium vocasse, qui alium Maioratum non speraret, nec effectu inquam haberet, eidem autem, quem à successione sui Maioratus exclusit, eligendi facultatem non cõcessisset, siue absque expresione facultatis electionis à successione sui Maioratus exclusisse alterius Maioratus possessorem, aut successorem, tunc sane, non posset is delata istius Maioratus successione contendere se eligere posse, nec effectu Maioratum, quem possidet relinquere, vt alterius Maioratus successionem consequatur, eo namque ipso, quod in illo successit huius incapax factus fuit, & eligendi viam praeclusit.*

Num. 36. Y el que se funda en el derecho de elegir vno de los Mayorazgos, y que con este pretexto puede suceder en ambos, *ad faciendam electionem*: precisamẽte deue mostrar, que le compete ex institutione, vel ex lege, da la razon Castillo d. cap. 179. num. 3. ad finem, ibi: *Cum sit fundamentum, quo inniti posset, & ideò audiendum non esse, fundans namque se in aliquo iure institutoris, vel Maioratus dispositione, aut eligendi facultate sibi concessa, debet id ostendere*, Authent. de Triente, & semisse, §. consideremus, collat. 3. l. fin. in fin. C. de consulibus lib. 10. D. Valençuel. Gratum Crauetam, & alios referens, conf. 83. num. 68. & 69. & ibi: *Et verisimile non est, quod si institutor, ele*

ctio-

ctionem concedere voluisset, rem adeo notabilem, & necessariam, specialique nota dignam silentio praeteriret, & ideò neglecta videtur, argum. text. in l. item apud Labeonem, §. hoc edictũ, ff. de iniurijs, ibi: *Et enim quae notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta*, Mandel. conf. 27. nu. 8. & conf. 109. num. 11. & 21. Menochius conf. 210. num. 19. 20. 21. & 60. & sequent. lib. 3. *Vnde optio aut electio ipsa, quae à disponente concessa nõ reperitur, negata videtur, cum adeò facile exprimi posset*, l. vnic. §. sin autem deficientis, C. de caduc. tollend. cap. inter corporalia, de translat. Episcop. cap. ad audientiam, de decimis, Cancer. variar. tom. 2. cap. 20. num. 377. Dominus Larrea decis. Granat. 53. tom. 2. n. 33. a donde trae a Castillo d. cap. 179. & cap. 178. nu. 15. y al señor Valenç. conf. 83. num. 143.

Aliud fundamentum est, quia materia electionis, est odiosa, & stricti iuris maximè cum ex ea resultaret praeiuditium alicui tertio, provt in terminis propositis sequeretur ei qui ad eum Maioratum haberet specificam vocationem (como la tiene doña Maria Antonia por hija segunda) vt in simili casu considerauit D. Valençuel. post Bald. & Barbac. d. conf. 83. nu. 71. & 72. & 73. Y en la fundacion deste Mayorazgo de los Tobares, no se hallarà palabra de que pueda induzirse tener derecho de eligir el hijo primogenito, ni llamamiento en el caso presente; antes exclusion, y prohibicion absoluta; con que este fundamento, en que consiste la defensa del Vizconde, de que llegando el caso de suceder en ambos Mayorazgos, eligirà el que le pareciere, iure non subsistit, por no auerle quedado facultad de poder elegir. Num. 37.

No solo no subsiste en el derecho; sino que se opone a la voluntad, y disposicion de los Fundado- Num. 38.

res,

res, porque como se compadece, ni en que se puede fundar, el dezir la parte del Vizconde, y su Abogado, que puede ser que llegado el caso de elegir, le necessite el estado de la hazienda a que elija el Mayorazgo de Tobar, vt supra num. Siendo assi, que el primogenito està absolutamente excluydo de la sucession dèl, en caso de venir a suceder hembra q̃ sea casada con otro Mayorazgo, ibi: *No se junte con el otro de su marido, antes suceda el su hijo, ò hija segundo apartadamente del otro*. Por donde puede entrar en este Mayorazgo el Vizconde, por eleccion, no le toca, porque no se la concedieron los Fundadores, no le compete por ley, como queda fundado, por llamamiento, no le tiene, antes euidente exclusion; con que en oposicion de la voluntad de los Fũdadores ningun allanamiento del Vizconde (en caso que lo hiziera, que no ha hecho) à traer perpetuamente el nombre de los Fundadores, y solas sus armas, y oluidar las que le tocan por el Mayorazgo de parte de su padre contra legem familiæ, ff. de verbor. sign. & doctrinã Ripæ d. rubrica, C. de secundis nupt. num. 12. ibi: *Indecẽs enim esset primogenito hæredi dimittere nomen, & arma familiæ suæ*, D. Larrea decis. Gran. 51. num. 53. ibi: *Et iure improbatur repudiatio, qua quis propter alienum institutionem propriam omisit*, l. Iulianus, ff. si quis omissa causa testã. & facit ratio text. in l. miles, §. socer, ff. ad leg. Iuliam de adult. vt debeat repelli, qui inique commodum præferre domus suæ, & familiæ decori nõ erubuit. No le podria dar entrada en perjuyzio del hijo segundo expressamente llamado con exclusiõ del primogenito, por faltarle, como le falta el llamamiento, vt ponderauit Socinus conf. 69. n. 23. volum. 3. ibi: *Nec obstat, si Hercules diceret, quod ferret nomen, & arma dictæ familiæ, quia hoc non sufficit, sed re-*

requiritur quod id faciant, quibus à testatore vti vocatis in sua dispositione tale onus fuit impositum, alioquin multi reperirentur, qui tale nomen, & arma, ferrent, vt ad talem Varoniam admitterentur, & relato Socino idem põderat Raudens. variar. resol. cap. 37. num. 15. l. non oportet, ff. de legatis 2. ibi: *Non oportet prius de conditione cuiusquam quæri, quam hæreditas, legatumve ad eum pertineat.*

Y aunque por el Abogado del Vizcõde se ha pretendido en la vista deste pleyto esforçar que en este caso ha lugar la eleccion, no obstante que no se cõceda por el Fundador, ni por ley, y para este efecto se valio de la doctrina del señor Luis de Molina lib. 2. de primog. cap. 14. num. 24. & sequentibus, & lib. 3. cap. 2. num. 30. y de Paz de Tenuta cap. 34. num. 43. & 44. Mieres de maiorat. par. 2. quæst. 4. illation. 3. n. 18. Num. 39.

Nada dello es aplicable en los terminos deste pleito; porque la doctrina del señor Molina lib. 2. c. 14. & lib. 3. cap. 2. num. 30. habla en terminos habiles, en que el que pretende eligir de dos Mayorazgos incompatibles el vno dellos, tiene llamamiẽto para suceder en ambos a dos, vt videre ex verbis D. Molinæ dict. num. 26. ibi: *Dubitari solet, quid efficiẽdum sit, quando quis succedere debet in duobus Maioratibus, in quorum vno præcipitur quod eius successor appellari debeat solo cognomine eiusdem familiæ, absque mixtura alterius nominis, & deferre arma eiusdem familiæ sola, absque mixtura aliorum armorum, seu insigniorum, & in altero præcipitur quod debeat ferre nomen, & arma eiusdem familiæ, quod pluries contingere solet; in qua quæstione dicendum est, vnum omittere debere, & alium retinere.* Num. 40.

Demanera, que los terminos en que habla el señor Luis de Molina son, quãdo vno tenia llamamiẽ- Num. 41.

 to,

to,y deuia ſuceder en dos Mayorazgos, ibi: *Sed dubitari ſolet quid efficiendum ſi quando quis ſuccedere debet in duobus Maioratibus.* Y entõces como tiene a ſu fauor voluntad expreſſa del Fundador, y llamamiento, y derecho a ſuceder en cada vno, quid mirum que ſuceda en qualquiera dellos; pero llegando a ſuceder en ambos, como ſe hallan con clauſulas contrarias, y incompatibles, tambien ſe halla obligado entonces propter incompatibilitatem amborum Maioratuum, retener ſolo vno, y dexar el otro. Y tambien habla el ſeñor Molina en Mayorazgos incompatibles en que principalmente, ſin atencion a otra coſa, miraron los Fundadores a impedir la junta de cada vno dellos, con otro, y en la miſma forma hablan los Adicionadores del ſeñor Molina, d. lib. 2. cap. 14. à num. 26. Suponiendo, q̃ el ſuceſſor tiene llamamiento en ambos Mayorazgos, que de otra manera no corria la queſtion, y en la miſma forma habla Paz dict. c. 34. de Tenuta, y Mier. habla en vna diſpoſicion merè condicional, reſpeto de vn Mayorazgo abſolutamẽte incompatible con otro, cuya incõpatibilidad fue el fin principal de ſu Fundaciõ, nẽpè quando prohibetur quis ſuccedere in vno Maioratu, ſi alium habeat, y entõces dize, que ſi renunciare el que tiene, podrà ſuceder en el otro, y para prueba deſto trae Mieres la ley 7. tit. 7. lib. 5. nouæ Recop. pero en el caſo preſente, no mirò el Fundador principalmẽte a hazer Mayorazgo de incompatibilidad, ni quando lo fuera tenia eleccion, porque eſta, ſino ſe concede expreſſamente por ley por los Fundadores, no compete ſegun el ſentir del ſeñor Larrea, y Caſtillo, & alios ſupra citatos, ni en el ſentir del ſeñor Molina, Mieres y otros, es aplicable à nueſtro caſo, porque habla quando vno tiene llamamiento para poder ſuceder

en dos Mayorazgos, como dixo el señor Molina, vt in dict. num. 26. *Sed dubitari solet quid efficiendū sit quãdo quis succedere debet in duobus Maioratibus;* y en este caso como son incompatibles por sus fundaciones, se halla obligado, y necessitado a dexar el vno, y retener el otro; at in nostro casu, no solo no tiene llamamiento el Vizcõde, sino que està expressamente excluydo èl, y su linea, y llamado el hijo, ò hija segundo, y la suya, ibi: *Con tanto, que viniẽdo este Mayorazgo a hembra que fuere casada cõ otro Mayorazgo, ò se casare, no se junte este Mayorazgo con el otro de su marido, antes suceda el su hijo, ò hija segundo, porque se conserue nuestra memoria, y trayga perpetuamente solas nuestras armas, y renombre.*

De lo dicho resulta, que no estando cõcedida la facultad de elegir, ni compitiendo esta al primogenito del matrimonio de la hembra, por quien vacò este Mayorazgo, hallandose casada con otro Mayorazgo, vt in casu nostro, eo ipso, que acetara el Vizconde este Mayorazgo, era visto auer renũciado otro qualquiera que le pudiera pertenecer, incõpatible cõ este, argum. legis de lege 6. §. fin. l. post diem 7. ff. de lege commiss. Domin. Larrea decis. 51. num. 33. Num. 42.

Y lo mismo procede en los Beneficios incompatibles, concurriendo en vno dos Prebendas, ò Beneficios tales, nisi concederetur electio, como se concede por el capitul. referente de Præbẽdis, ibi: *De prædictis Ecclesijs vna quam voluerit relicta, alteram præfato .g. si Ecclesiam non habet, non deferas assignare*, & notatur in positione casus, ibi: *Item nota quod olim secundum hanc decretalem, qui habet plures Ecclesias, eligere poterat, quam volebat, altera relicta, hoc hodie non habet locum, quia recipiendo secundam, vacat prima*, y lo mismo se prueba del cap. præterea codẽ Num. 43.

tit.

tit. de Præbendis, ibi: *Mandamus quatenus eundẽ, altero, quem maluerit Archidiaconatu facias esse contentum.* DD. in dict. cap. referente, Oldrad. conf. 59. ad fin. Rota decis. 484. num. 1. part. 1. in nouissimis, Ojeda de incompatibilitate num. 4. vers. his tamẽ non obstãtibus, D. Valẽçuel. d. cõs. 83. n. 143.

Num. 44. Y no obstarà, si se dixere que dicha oposicion obrarà, para que no pueda el Vizconde suceder en el Mayorazgo de su padre, quando vacare; pero no para que le impida la sucessiõ deste; porque como no puede elegir vno de los dos, llegado el caso de juntarse, porque no le compete eleccion, tambien no puede suceder en este de los Tobares, porque no tiene llamamiento en el caso de auer sucedido en èl hembra que fuesse casada con otro Mayorazgo, antes en este caso està expressamente excluydo, y su linea, como queda dicho, y llamado el segũdo genito, y la suya, ibi: *Antes suceda el su hijo, ò hija segundo apartadamente del otro, y trayga perpetuamẽte solas nuestras armas, para que se conserue nuestra memoria, y renombre*, y sin llamamiento, y excluydo no tiene entrada a la sucession, vt supra ponderauimus ex Socino dicto cõs. 69. volum. 3. n. 23. Raudens. var. dict. cap. 37. n. 15.

Num. 45. Tambien se ha opuesto por el Abogado del Vizconde, que el llamamiento de hijo segundo era cõdicional, porque dize la clausula; *Con tãto, que queremos, y es nuestra voluntad, que quando viniere a suceder hija hembra, y esta fuere casada, ò se casare con otro Mayorazgo, no se junte, &c. antes suceda el su hijo, ò hija segundo.*

Num. 46. Es ageno de toda buena inteligencia pensar, que en los terminos de dicha clausula, dictum verbum, con tanto, latinè *ita tamen*, sea condicional, porque no es sino vna diccion limitatiua, y restrictiua, de lo

que

que antes quedaua dispuesto, vt in leg. vbi adhuc, vbi notat Salicetus, versic. *Ita tamen*, C. de iure dot. Albericus in diction. verb. *Ita tamen*, Parisius cons. 17. num. 19. lib. 1. Riminald. Iunior cons. 18. num. 130. & plures relati per Surd. cons. 475. nu. 39. lib. 4. Y assi lo que obrò esta clausula, fue limitar el llamamiento de hijo mayor, poniendo la excepcion, y restriccion que diximos de la regla, de quo est tex. celebris in l. Lutius 78. §. quæ habebat, ff. ad Trebelianum, donde el padre instituido por su muger, y grauado de restituir la hazienda al tiẽpo de su muerte, à Cayo hijo comun de ambos, *con tanto*, que las diez onças perteneciessen a este hijo, y las dos restantes a Seyo su nieto, hijo del mismo hijo, decidiò el Consulto, que aunque el nieto que auia de auer las dos onças muriò en vida del abuelo, no se le auia de restituir al hijo mas de las diez onças, porque el llamamiento generico anterior, que parecia comprehenderlo todo, se restringiò por la palabra limitatiua, *ita tamen*, puesta en el texto que correspõde à la palabra *con tanto*, como se reconoce de las palabras del texto, ibi: *Quidquid ex hæreditate mea ad eum peruenerit cum mori cœperit, id restituat Cayo, Seyo filio nostro*, y por mas que las palabras eran tan generales, ibi: *Quidquid ex hæreditate*, las siguientes limitatiuas, y restrictiuas, ibi: *Ita tamen, vt decem quidem vncias Cayus habeat, duas autem Seyus nepos habeat*, obligaron al Consulto a que respondiesse, que aunque el nieto auia muerto en vida del abuelo, ibi: *Nepotem amissit*, no pertenecian al hijo, mas que solas las diez onzas, ibi: *Respondi secundum ea, quæ proponerentur ostendere decem, dumtaxat vntias filio datas*, decidiendo, que el primer llamamiẽto generico al parecer comprehensiuo de todo, limitado despues por la diccion, *ita tamen*, à que en romance corresponde

la diccion, *con tanto*, se auia de entender, como que nunca auia sido, sino de solas las diez onzas limitadas, que es lo mismo, que en su caso decidiò el texto, in l. cum in testamento, §. qui tres, ff. de hæred. instit. in hæc verba, ibi: *Qui tres filios habet, & ita scripserat: filij mei hæredes sunto. Publius filius meus ex hæres esto, videri potest prima parte duos dumtaxat filios hæredes instituisse.* Vt sic dicamus, que en la institucion deste Mayorazgo, el llamamiento aliàs generico, y prelatiuo de hijos mayores, por la disposicion particular de la clausula, *con tanto que quando este nuestro Mayorazgo, &c.* no solo se ha de entender, que alli se limitò, sino que desde su principio en el concepto de los Fundadores, el llamamiento generico de hijos mayores, fue limitado, y restringido à solos los casos, en que la sucesion se deriuasse de padre possedor varon, porque en el de venir la sucesion à hembra, que fuesse casada con otro Mayorazgo, ò se casasse, ex nouo capite, & ex noua vocatione, nõ comprehensa in prima parte, quedauan llamados, en vez de los mayores, los segundos, con que la ponderacion de la diccion, *con tanto* en fuerça de condicional, no tiene fundamento, y solo se conuence que fue restrictiua, y a fauor del hijo segundo.

Num. 47. Califica mas la pretension de doña Maria Antonia, el que despues de auer prohibido la junta deste Mayorazgo con otro, añaden los Fundadores. *Antes lo aya, y herede el su hijo, ò hija segundo*, que son palabras decisiuas deste pleyto, en que los Fundadores enixamente mostraron, que para su concepto, que en este caso era euitar la confusion deste Mayorazgo con otro (por el mayor afecto que consideraron de la conseruacion del Mayorazgo paterno en la linea del hijo mayor) la linea del segundo era la capaz, y suficiente, y la que eligian como mas libre

de

de obligaciones, y mas desembaraçada, y para explicar este concepto, no se contentaron con dezir, que en caso de venir este Mayorazgo a hembra, que fuesse casada con otro Mayorazgo, sucediesse el hijo segundo, lo qual bastara, sino que pusieron las palabras referidas, ibi: *No se junte*, & ibi: *Antes lo aya el su hijo, ò hija segundo*, en que comprehẽdieron dos cosas, vna la exclusion de la linea primogenita, y otra la inclusion de la linea segundogenita, y cõ ellas la razon del justo rezelo que tenian, que en la linea primogenita nunca se conseguiria el efecto de la absoluta, y pura conseruacion de su linaje, con la perpetuidad, y pureza que deseauan, explicandose de que tan lexos estauan de que el hijo mayor, y su linea pudiessen suceder en este Mayorazgo, que lo que querian era, que toda aquella linea (que en los casos precedentes auia de suceder) quedasse exclusa, y la sucesible fuesse sola la segunda; y para esto no se contentaron con dezir suceda el hijo segundo, sino que explicando lo que aliàs venia implicito, que era la exclusion del hijo mayor, y de su linea, para mayor claridad de su voluntad juntaron las palabras: *No se junte con el otro de su marido*, como se vè en muchos casos de las leyes de la Partida, en las quales hecha mencion de la regla, quando se viene a la decision de la falencia, no se pone solo lo decisiuo della, sino que se expressa lo negatiuo de la regla, vt videre est ex legibus sequentibus.

La ley 21. titul. 4. part. 3. verf. *Pero si el pleyto*, romanceando la decision del capitulo gratum de offic. delegat. en que contestado el pleyto, dura la jurisdicion del delegado para proseguir en èl, aunque el delegante muera, lo que el texto Canonico dixo en dos palabras. *Potest. & debet in causa procedi*, extendiò la ley de la Partida, in hæc verba: *Estonce no se* Num.48.

de-

desataria el poderio del delegado, antes dezimo, q̃ puede ir adelante por el pleyto, siendo la propia, y genuina tradicion dezir solas las palabras vltimas decisiuas, ibi: *Puede ir adelante por el pleyto, y librarlo.*

Num. 49. La ley 14. tit. 23. part. 3. romanceando la decision del texto in leg. 1. §. fin. ff. ni l. Nouar. appellat. pend. canonizado in cap. post appellationem 2. quæst. 6. donde se decidiò, que el cōdenado en muchos yerros, si apelò de las sentencias de los yerros mayores, es oydo sobre todos; pero si apelò de los menores, no se suspende la execucion, ibi: *Si vero grauiorem sententiam meruit, ex ea specie, ex qua nō est appellatum omnimodo pœna imponenda est.* La ley de la partida (en vez destas palabras tan sucintas, denegatiuas de la suspension de la execucion) dixo las siguientes: *E si se alçò sobre los menores yerros, è malfeterias, è non sobre los otros mayores*, & ibi: *No deue recebir su alçada, ante se deue dar pena por los yerros de q̃ no se alçò*; pudiendo bastar, y siendo el verdadero romancear, dezir solo las palabras vltimas decisiuas de la execucion de la sentencia, sin poner las anteriores denegatiuas de la apelacion.

Num. 50. La ley 10. tit. 12. par. 5. que romanceando la authentica hoc ita, C. de duobus reis in fine, ibi: *Et si ambo præsentes sint, & idonei, simul cogendi sunt ad solutionem.* Bastando las vltimas palabras que la ley de la Partida puso, ibi: *Dezimos que deue ser apremiado cada vno de dar su parte.* No se contentò con esto, sino que puso la negatiua precedente, con ser ansi, que quedaua implicita en la decision, y disposiciō afirmatiua, ibi: *Con todo esso no deue demandar todo el debito al vno, antes dezimos, que deue ser apremiado cada vno a dar su parte*, y el mismo modo de declarar la decision, y disposicion de los textos, y leyes del Derecho, se halla en otras muchas leyes de

Par-

Partida, que no se refieren por no alargar este papel.

Y esta forma de hablar tiene mayor congruẽcia en la disposicion deste Mayorazgo, que en las leyes; porque las leyes siempre hablan mas sucintamente, y podran ser arguidas de superfluidad en lo q̃ sin causa, y sin necessidad dezian, bastando solo lo decisiuo, & adhuc no tuuieron esto por vicio, y les parecio no poner solo lo puntual decisiuo en el caso de la falencia; sino tambien lo negatiuo de la regla en que en los terminos de la falencia hazian contraria determinaciõ, por mas que lo negatiuo de la regla venia implicito de lo decisiuo de la falẽcia; que es a la letra lo que hizierõ los Fundadores deste Mayorazgo, que auiendo puesto por regla en todo lo precedente la sucession de los hijos mayores, queriendo poner la limitacion en el caso desta vacante, para que sucediessen los hijos segundos, no se contentaron con dezir, que los hijos segundos sucediessen, sino que tambien expressaron la exclusion de los mayores, ibi: *No se junte con el otro de su marido, antes los aya, y herede el su hijo, ò hija segundo.* Num. 51.

Luego se siguen las palabras, *apartadamente del otro*, en que euidentemente se conoce el reiterado concepto de los Fundadores, exclusiuo, no solo del hijo mayor, sino de toda su linea, porque siẽdo cierto, que en el caso de que iban hablando, no era sucessor del otro Mayorazgo el hijo segundo, sino q̃ conocidamente lo era el hijo mayor, y assi parecia superfluo el dezir, que el hijo segundo lo huuiesse apartadamente del otro, adhuc no tuuieron por superfluydad el repetirlo, sino por mayor declaraciõ, para que se entendiesse, que por esto le buscauã, porque en èl estaria su Mayorazgo tan apartado del otro, como ellos lo queriã, y procurauã, hoc est, no solo apartado en la persona, sino apartado en la linea. Num. 52.

Num. 53. Remata la claufula defta fundacion, dando la caufa del llamamiento del hijo fegundo, ibi: *Porque fe conferue nueftra memoria, y perpetuamente trayga folas nueftras armas, y renombre*, que fon palabras, que verdaderamente excluyen de todo punto la pretenfion contraria, vt diximus fupr. num. Porque de ellas fe colige manifieftamente el afecto que tuuieron los Fundadores de bufcar perfona, y linea defembaraçada, que fucedieffe en fu Mayorazgo, para que por efte medio fe conferuaffe perpetuamente fu memoria, fin mezcla, ni confufion, que en ningun tiempo pudieffe auer, y que las pufieron para excluir totalmente la pretenfion del hijo mayor, y para expreffar la razon del llamamiento del hijo fegũdo; fcilicèt, porque efte, y fu linea podràn traer perpetuamente folas fus armas, y renombre, y efto no podia fuceder afsi en el hijo mayor, y en la fuya.

Num. 54. Y en efta razon expreffa, fue implicita otra exclufiua de la fucefsion de hijo mayor; nempè, el que le refiftia la impropiedad, con que auia de conferuar el nombre, y armas defte Mayorazgo, impidiendofelo la obligacion de la conferuacion del paterno, porque no podia apartar de fi la calidad de hijo mayor, que era infeparable, ni la natural obligacion de conferuar la agnacion paterna; maximè, con la noticia comun en el vulgo de fer conocido por el apellido della.

Num. 55. La vltima replica que fe hizo por el Abogado del Vizconde, fue dezir, que auiendo los Fundadores prohibido la junta defte Mayorazgo con otro, ibi: *No fe junte con el otro de fu marido*, el llamamiento de hijo fegundo confecutiuo, ibi: *Antes fuceda en el fu hijo, ò hija fegundo*, fue condicional; ideft, fi fe jũtaffen, fegun el texto in l. pater filium, §. filiam fuã, ff. de legatis 3. y la doctrina de Bart. alli, que dixo.

Quod

Quod si praecedit dispositio prohibitiua, & alia simpliciter sequitur, intelligitur sequens dispositio facta sub conditione si contra prohibitionem factum fuerit, quam Barth. doctrinam sequitur Alexand. in l. qui Romæ, §. cohæredes, num. 4. ad fin. ff. de verb. oblig. y otros, acproinde, que no auiendose cumplido la condiciõ de juntarse ambos Mayorazgos, no llegò el caso del llamamiento del hijo segundo.

A esta vltima replica, fundada en la doctrina de Barth. d. §. filiam suam, con los demas Autores que le siguen, faciliter respondetur, & in primis, que ajustada la dicha doctrina à los terminos deste pleyto, es en fauor de la pretension desta parte, aduirtiendo que el caso deste pleyto, y la clausula de su llamamiento, tiene tres circũstancias substanciales; la primera, el entrar prohibiendo la junta deste Mayorazgo con el otro, ibi: *Que este nuestro Mayorazgo no se junte con el otro de su marido*; la segunda, el llamamiẽto del hijo, ò hija segundo por palabras dispositiuas, ibi: *Antes lo aya, y herede el su hijo, ò hija segundo apartadamente del otro*; la tercera, que por via de causa, y razon se añadiò, ibi: *Porque se conserue nuestra memoria, y perpetuamente trayga solas nuestras armas, y renombre*. Y en estos terminos, y con estas tres circunstancias, es verdadera, y constante resolucion de los mismos Autores, que se alegan a fauor del Vizconde, que el llamamiento del hijo, ò hija segundo no es limitado al caso de la contrauencion, ni condiciõnal, si los Mayorazgos se juntaren, sino simple, y absoluto, aunque no aya contrauencion, ni se junten. Num. 56.

Et in primis Bart. in d. §. filiam suam, solo pone el caso, quando precediò prohibicion, y se siguiò la disposicion; y en este caso dize, que la disposicion se entiende ser condicional, si contra prohibitionem Num. 57.

fa-

factum fuerit. Pero añadiendo la tercera circunstancia, que despues de la prohibicion, y disposicion se añadiò, ibi: *Porque se conserue nuestra memoria*, el mismo Bart. reconoce, que el fideicomisso es simple, y absoluto, aunque no aya contrauencion, ita docet idem Bart. in eadem lege pater filium, §. fundum Titianum, num. 3. vers. *Sed si ista verba fuissent adiecta per modum rationis, aliud esset*, vt in leg. qui Romæ, §. cohæredes, num. 3. ff. de verb. oblig. donde refiere la opinion de Dino, que tuuo, quod prohibitus alienare extra familiam, si requisiti, qui sunt de familia nolint emere, potest vendere in extraneos, dize Barth. que es verdadera, quando solo huuo prohibicion de enagenar extra familiam; pero que si añadio el testador, vt in familia relinquatur, vel similia verba: *Tunc nullo modo potest alienare, tanquam res, quæ subiacent restitutioni*, vt in auth. res quæ, C. commun. delegat. desuerte, que por las palabras, *vt in familia relinquatur*. Entendiò Bart. que se induxo simple, y absoluto fideicomisso post mortem, nulla etiam sequuta alienatione, provt eum in terminis declarat Socinus ibi, num. 16. Simon de Prætis lib. 3. interpret. 3. dubit. 1. solut. 10. num. 8. ad finem, & cum Barth. stat communis, & vera sententia, quod ex prohibitione alienationis adiecta causa, quia voluit bona in familia conseruari, vel per similia verba, per modum rationis, resulta simple, y absoluto fideicomisso, etiam nō sequuta alienatione, quam probant communiter Doctores in d. §. cohæredes. Decius, Curtior, Alciat. Craueta & alij plures quos refert & sequitur, dicens hanc esse communem opinionem, Dom. Moli. lib. 1. cap. 5. num. 16. & 17. Mieres 2. part. quæst. 5. nu. 4. Velazquez qui refert plures in leg. 41. Taur. gloss. 3. nu. 11. Surdus communem affirmans, decis. 64. num. 1. Riminaldus, Iunior cons. 482. num. 33. &

34.

34.lib.5. Con que queda el caso deste pleyto decidido, y desvanecida dicha oposicion, en fuerça de la misma doctrina de Bart. y comun sentir de los Autores, a fauor de doña Maria Antonia de Tobar y Vera, ex vi illorum verborum, *porque se conserue nuestra memoria.*

Lo qual es mas sin duda, atenta la palabra perpetuamente, ibi: *Y perpetuamente trayga solas nuestras armas, y renombre*; la qual en esta parte tiene gran virtud para induzir absoluto, y perpetuo llamamiento, vt in terminis probant Crotus, Socinus, Decius, Curt. Paris. y Gozadinus, quos refert, & sequitur Anton. Gabriel lib. 4. communium opin. tit. de fideicomm. concl. 9. num. 12. Simon de Prætis dict. dubitat. 1. solut. 10. num. 10. Peregrin. de fideicomm. art. 14. num. 13. Num. 58.

A esto se junta, el que todas las vezes que este Mayorazgo vino a hembra, que se hallò casada con otro Mayorazgo; siempre sucediò hijo, ò hija segũdo, como se vè en el pleyto que litigò don Pedro de Tobar Ybañez, con doña Antonia de Tobar su hermana, en la vacante por muerte de doña Eluira de Tobar, madre de los susodichos, que se hallò casada con Pedro Ybañez de Segouia, posseedor del Mayorazgo de los Ybañez; y no obstante, que el dicho dõ Pedro Ybañez auia cedido, y renunciado en su hijo el dicho Mayorazgo de los Ybañez, para que hallandose libre, y desembaraçado dèl, pudiesse suceder en este de los Tobares, dando a entender que podria traer el nombre, y armas deste Mayorazgo solas, y cumplir con la formalidad de la clausula de su fundacion; sin embargo reconociendose, que no obstante la renunciacion del Mayorazgo de su padre; siempre le quedaua la obligacion de conseruar el nombre, y armas, y la agnacion paterna, y que en Num. 59.

 èl,

èl, y su linea no se podia conseruar la memoria de los Fundadores con la pureza que ellos quisieron; antes en el caso dicho de venir este Mayorazgo a hembra, que fuesse casada con otro Mayorazgo, estaua expressamente excluido el primogenito, y su linea, y llamado el hijo segundo, y la suya, fue vencido el dicho don Pedro de Tobar Ybañez de la dicha doña Antonia, hija segunda, a cuyo fauor se determinò la Tenuta, propiedad, y mil y quinientas, segun parece de la misma executoria que està presentada en los autos deste pleyto.

Num. 60. Luego en la vacante, por muerte de dicha doña Antonia de Tobar, entrò en la sucession sin pleyto doña Maria de Tobar, madre de doña Maria Antonia, y del Vizconde su hermano que litigan, no obstante, que entonces viuia don Iuan de Vera y Mendoça su hermano mayor, y aunque se dirà que el dicho don Iuan de Vera auia sucedido ya en el Mayorazgo de su padre; sin embargo si tuuiera fundamento la pretension del Vizconde, de que el primogenito tiene eleccion, huuiera sucedido en vno, y otro Mayorazgo el dicho don Iuan de Vera, siquiera para vsar de la facultad de elegir, pero como no la tenia, ni la tiene ningun primogenito en los terminos de la fundacion deste Mayorazgo, antes en el caso desta vacante, y de venir este Mayorazgo a hembra casada con otro Mayorazgo, està expressamente excluydo, y su linea, y llamado el hijo segundo, y la suya, en la qual reconocieron los Fundadores, que solo se podia, y puede conseruar su memoria, trayendo perpetuamente su renombre, y armas; esta fue la causa porque el dicho don Iuan de Vera dexò libremente la sucession deste Mayorazgo a la dicha doña Maria de Vera su hermana, reconociendo la buena fè, y que no era justo darla pleyto, quando su pre-

tension, y la de qualquiera primogenito en semejante vacante, es directamẽte contra la fundacion deste Mayorazgo, y en oposicion manifiesta de la voluntad de los Fundadores dèl, & hæc sufficiant pro primo articulo.

Articulus Secundus.

QVando este Mayorazgo no fuera (como es) de segundogenitura, en el caso de auer sucedido en èl hembra, que fuesse casada con otro Mayorazgo, sino que fuera de incompatibilidad, y que para que llegasse el caso della, fuesse necessario que se juntasse con otro incompatible; no podia, ni puede suceder en èl el Vizconde de Sierra Braua, por auer sucedido en otro Mayorazgo, fundado en su cabeça por el Arçobispo don Fernando de Vera su tio, Obispo de Cusco, de quarenta mil ducados de plata, por escritura de donacion interviuos irreuocable, el qual Mayorazgo es incompatible con el de los Tobares, sobre que se litiga por tener este clausula precisa, de que el sucessor deste Mayorazgo aya de traer perpetuamente solas las armas, y renombre de los Fundadores, como cõsta de la clausula referida, supra num. ibi: *Y trayga perpetuamente solas nuestras armas, y renombre*; y q̃ este grauamen mirò a la conseruacion de su memoria, ibi: *Porque se conserue nuestra memoria*; y para este efecto llama al hijo segundo, que sin embaraço de otras armas, y apellido podrà cumplir con el dicho grauamen, y el Mayorazgo fundado en el dicho Vizconde, tiene la clausula siguiente. *Item es condicion, que la persona que huuiere de posseer los dichos bienes procedidos desta donacion, ha de traer en sus armas, donde quiera que las pusiere, y pintare en el lado principal, y de-* Num. 61.

derecho, las armas de los Veras, porque demas de ser razon por ser tan ilustre linage, y tan antiguo, es la Varonia del dicho señor Conde de la Roca, y su Señoria pariente mayor desta familia, y en segundo lugar ha de poner, y pintar el dicho posseedor las armas de los Manueles, porque demas de ser tan ilustre linage, toca al dicho señor Conde por partes duplicadas, pag. 8. fol. 16.

Num. 62. Como podrà cumplir con el puesto de traer solas las armas, y renombre de los Fundadores del Mayorazgo de Tobar, sobre que se litiga, quien por la fundacion referida se halla obligado a traer las armas de los Veras en el lado principal, y derecho, y en segundo lugar las de los Manueles, ya se vè la incompatibilidad de poder cumplir con el grauamen deste Mayorazgo, D. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 26. adõde pondera la incompatibilidad referida, idem lib. 3. cap. 2. num. 30. Molin. Theol. de iust. & iur. tract. 2. disput. 614. numer. 6. Castillo controuers. tom. 6. cap. 136. num. 77. cum alijs pluribus, quos omittimus.

Num. 63. No ha hallado defensa el Vizconde contra lo dicho, sino fue negar que auia acetado el dicho Mayorazgo, y que la fundacion dispone, que despues de empleados dichos quarenta mil ducados en Vacellos, Rusus, y bienes estables sean de Mayorazgo, y por su parte se quiso dar a entender en la vista deste pleyto, que no ay empleos.

Num. 64. Quien podrà persuadirse, que vna fundacion de Mayorazgo de quarenta mil ducados de plata, hecha en cabeça de don Fernando Carlos de Tobar y Vera, desde el año de 630. la despreciasse, y no aceptasse el susodicho, quando la sciencia in fauorabilibus non extante contradictione sufficit ad inducendam acceptationem, & consensum Iason in l. quæ dotis, ff. soluto matrimon. num. 7. vers. Secundus casus,

ſus, vnde donatarius dicitur acceptare donationem, eo ipſo quod ſcit, & non cōtradicit, ita vt ius in eum dicatur translatum irreuocabiliter, ſi donatio erat irreuocabilis. Crauet. conſ. 261. num. 5. Decius in regula ſemper, de regul. iur. Roland. conſ. 19. num. 34. lib. 1. deciſ. 53. Guido Pap. num. 11. & ſequentibus.

Pero en nueſtro caſo tenemos aceptacion clara, y euidente, que es la que reſulta de auer el Vizcōde capitulado con el Conde de la Roca ſu padre, ſobre los frutos, y reditos del dicho Mayorazgo, dexādoſelos por ſu vida por capitulo particular de vna trānſaccion que celebraron, con calidad de que el dicho Conde, por eſto, y por otras pretēſiones à que cediò el Vizconde le huuieſſe de dar 4U. ducados en cada vn año, conſignados en rēta fixa; y anſimiſmo por vna eſcritura de compromiſſo, otorgada entre los dichos Conde, y Vizconde, propuſo dicho Vizconde diferentes derechos, que dixo le pertenecian, como ſuceſſor, en cuya cabeça ſe auia fundado el dicho Mayorazgo, vt videre eſt ex ſequentibus. Num. 65.

CAPITVLO DE LA TRANSACCION otorgada entre el Vizconde, y doña Antonia Enriquez de Guzman ſu muger, con el Conde de la Roca ſu padre, apartandoſe de dos pleytos que tenia pendientes, el vno ante el Alcalde don Pedro de la Cantera, y Bartolome de Salazar, Eſcriuano de Prouincia, ſobre alimentos, y otros derechos. Y el otro en el Real Cōſejo de las Ordenes, y Franciſco de Queuedo, que a la ſazon era Eſcriuano de Camara de dicho Conſejo, ſobre la Encomienda de la Barra.

¶ *Y tambien ſe obliga el dicho ſeñor Vizconde, à que* Num. 66.

por los largos dias de la vida del señor Cõde su padre no le pedirà cosa alguna por razõ de alimentos, ni por la legitima de la señora doña Maria de Tobar, Condesa que fue de la Roca, muger del dicho señor Conde de la Roca, y madre del dicho señor Vizconde, ni por razon de lo q̃ pareciere, que el dicho señor Conde, ò otras personas en virtud de sus poderes huuieren cobrado por quenta de la donacion de quarenta mil ducados de plata, que a fauor del dicho señor Vizconde hizo el señor don fray Fernando de Vera su tio, Arçobispo que fue del Cusco; en este mismo capitulo renuncia tambien la pretension que tenia por la Encomienda de la Barra, y otras.

Num. 67. En contemplacion de lo capitulado en dicho capitulo, se obligò el Conde de la Roca su padre a darle consignados quatro mil ducados de renta cada año, luego consignados, como cõ efecto se obligò, y los consignò por dicha escritura de transaccion, ibi: *Por todo lo qual el dicho señor Conde de la Roca cõsigna, y señala por todos los dias de su vida del dicho señor Vizconde su hijo para sus alimentos quatro mil ducados de renta en cada vn año, situados en esta manera.* Y va señalando las situaciones; esta escritura està otorgada, y consta de todo ello, pieça 8. a fol. 1. & fol. 2. & 3.

Num. 68. Quien puede negar, el que este acto solo basta para induzir aceptacion del Mayorazgo, pues sino es vsando del derecho, que por la fundacion le toca, no pudiera capitular el Vizconde lo referido ad notata, in leg. si auia, C. de iure deliberand. vbi Doctor. & in l. pro hærede, §. Papinianus, ff. de acquir. hæredit. Valasc. de partit. cap. 7. nu. 29. Marant. in repetit. legis potest. à num. 52. vsque ad 57.

Num. 69. Contra esta transaccion no tuuo que dezir à la vista deste pleyto el Abogado del Vizconde, sino fue el

el que los quatro mil ducados de alimẽtos, no se los diò el Conde su padre, por dexarle por los dias de su vida los reditos de lo que auia cobrado, tocante al Mayorazgo de los quarenta mil ducados de plata, porque como constaua de las capitulaciones matrimoniales, otorgadas entre el Vizconde, y la Vizcõdesa su muger, en ellas se obligò el Conde de la Roca a darle quatro mil y doziẽtos ducados cada año; ac proinde, que no era de creer, que dandole quatro mil ducados por la transaccion, dozientos ducados menos de lo que por las capitulaciones se auia obligado a darle, dicha obligacion mirasse a dexarle los reditos de que fuesse deudor, de lo que auia cobrado del Mayorazgo de quarenta mil ducados, fundado a fauor del dicho Vizconde.

Esta respuesta se opone; lo primero al hecho verdadero, que resulta de la misma transaccion, como parece de lo capitulado en ella. Lo segũdo el hecho que se põdera de las capitulaciones matrimoniales, no se ajusta, porque aunque es verdad, que el Conde de la Roca se obligò a darles quatro mil y dozientos ducados cada año, en la forma que en ellas se contiene, fue en caso que el Conde no quisiesse tener a los dichos Vizcõdes en su casa, como parece de las mismas capitulaciones, pieça 8. fol. 47. ibi: *Si por qualquiera causa, ò accidente dicho señor Conde de la Roca, no gustare tener en su casa, y cõpañia al dicho señor Vizconde, y a doña Antonia Enriquez de Guzman, se obliga que les pagarà tres mil ducados para alimentos, &c. y mil y dozientos ducados cada año para gastos de Camara de dicha señora doña Antonia.* Pero teniendolos, y estando en su casa, a lo que se obligò el Conde fue a darles su mesa, y gastos de caualleriça de ambos, y las raciones de criados, y criadas, y mil y dozientos ducados para gastos de camara de dicha seño-

Num. 70.

ñora Vizcõdesa, y mil ducados al Vizconde para sus vestidos, en que auia grande conueniencia para el Cõde, pues la casa, criados, y criadas, era casi lo mismo, que agora. No se apartaron, ni fuerõ de casa del Conde de la Roca, porque no gustasse tenerlos en ella: el salirse fue voluntad, y eleccion de los susodichos, y esto diò motiuo al pleyto de alimentos ante el Alcalde, y al pleyto en el Consejo de las Ordenes sobre la Encomienda de la Barra, sobre que cayò la transaccion, y obligacion de parte del Conde de los 4U. ducados de alimentos, en consignaciones fijas, y de parte del Vizconde lo capitulado en dicha transaccion, en que se comprehende el que no pedirà al Conde por su vida cosa alguna por razon de lo que pareciere auer cobrado de la donacion de los 40U. ducados de plata del Mayorazgo fundado en cabeça del Vizconde, con que queda cõuencida la aceptacion del dicho Mayorazgo; maximè no auiendo auido de parte del Vizconde, renitencia ninguna à ella, desde el año de 630. que se fundò en su cabeça.

Num.71. Tambien se califica dicha aceptacion de la escritura de compromisso, que el Vizconde de Sierra Braua, y el Conde de la Roca su padre hizieron sobre diferentes pretensiones que el dicho Vizconde tenia (si bien no llegaron à determinarse), que son las siguientes, segun parece del dicho compromisso presentado folio 9. pieça 8.

Pretensiones del Vizconde, en el compromisso.

Num.72. ¶ Pretendia el Vizconde, que vn censo q̃ comprò el Obispo en las Indias, ha de entrar en dicha donacion, y pertenecer a ella.

Num.73. Tambien deduxo, que desde que se entregarõ en Seuilla las partidas que vinieron de Indias por quen-

ta de dicha donacion los intereſſes de cincō por ciē-
to, que ganaron en los depoſitos en que ſe puſieron, haſta que ſe emplearon en bienes rayzes, ſe auiā de juntar con lo principal de los 12U. ducados que ſe auian remitido para aumento de la donacion.

Y luego ay vna anotacion del Vizconde, que dize aſsi. *Y en la margen del dicho papel, por mi el dicho Vizconde de Sierra Braua, ſe anotò, y preuino lo ſiguiēte. Todas las partidas que vinieron de las Indias, y ſe cobraron en virtud de poder de mi padre; y cō orden ſuya, ſe puſieron a ganar ſiete por ciento en caſa del Marques de Monaſterio, los empleos que conſta auer hecho mi padre, es por diferentes inſtrucciones: por vn libro de quenta y razon, firmado de mi padre, y todo de ſu letra: por vnas particiones, y inuentario hecho, y otorgado por mi padre ante la juſticia: por cartas de mi padre para el ſeñor don Iuā de Solorzano, que era quien adminiſtraua ſu hazienda; y en todos eſtos inſtrumētos declara el principal que me toca, y los reditos que ganò eſte principal. Y en vn juro que eſtà pueſto en mi cabeça, dize ſer por quēta de dicha donacion; y en dichos inſtrumentos declara mi padre, que vn cenſo que embiò el ſeñor Obiſpo, es por quenta de la dicha donacion, aunque eſtà pueſto en cabeça de mi padre, y lo miſmo conſta de todas las cartas del ſeñor Arçobiſpo, y por las de mi padre para el ſeñor don Iuan de Solorzano.* Num.74.

Deſta anotacion del Vizconde, y de lo deducido en el cōpromiſſo, ſobre que auia de caer la determinacion del juez arbitro; ſe conuēce anſimiſmo la aceptacion del dicho Mayorazgo, pues como ſuceſſor legitimo, y primer llamado en ſu fundacion, deduxo las dichas pretenſiones tocantes al aumento, y perpetuidad de dicho Mayorazgo, para que ſe determinaſſen. Num.75.

Y la ponderacion que a la viſta deſte pleyto ſe hi- Num.75.

zo por el Abogado del Vizconde de que en la funda cion deste Mayorazgo, se dize q̃ despues de emplea dos los 40U.ducados en vacallos,rayzes,y bienes es tables,*quierẽ que todos los dichos bienes sean de Mayo razgo*;de que se pretẽde induzir,q̃ antes del empleo no ay Mayorazgo,ni tiene substancia , porq̃ lo que quiso dar a entender el Obispo Fundador , fue q̃ los dichos 40U. ducados de plata para su mayor perpetuidad,queria q̃ se empleassen en Vacallos,ò rayzes pero no el q̃ induxesse condiciõ el dicho empleo;taliter,q̃ antes de hazerse no huuiesse Mayorazgo,supuesto q̃ desde su fundaciõ, dichos 40U.ducados de la donacion interviuos,hecha al Vizconde , quedaron adjudicados a este Mayorazgo, con prohibiciõ de enagenarlos,ni cõuertirlos en otra cosa alguna, que en empleos rayzes para la perpetuidad de dicha fundacion;y la razon es,quia tunc verba prædicta inducerent conditionem,quãdo requirerent adimplementum ante quæsitum emolumentũ, Beroius cõs. 23.n.25.& melius cons.30.n. 5.vol. 2. & cons.53. n.1.vol.1.Atvero,el Vizcõde como sucessor en este Mayorazgo transigiò con el Conde de la Roca su padre,capitulando el que no se pidiera en su vida cosa alguna de lo procedido desta donacion , renunciãdo este,y otros derechos,porque le diesse, y consignasse el Conde,como con efecto le consignò hasta en cantidad de 4U. ducados de renta para sus alimentos,con q̃ actualmente por la vtilidad de dicha transaccion , y alimentos de quatro mil ducados , a que diò motiuo el ceder los reditos , y frutos de la dicha donacion, a fauor del Conde, se halla gozando de lo vtil dèl , y del Mayorazgo fundado a su fauor.

Num.76. Fuera de q̃ la parte del Vizcõde cõfiessa en el cõpromisso,q̃ vn cẽso q̃ cõprò el Obispo Fundador,es del

del dicho Mayorazgo de 40ʒ. ducados de plata; y assimismo confiessa, que el dinero q̃ ha venido de las Indias por quenta de dichos 40ʒ. ducados, se empleò en bienes rayzes, y tambien dize, q̃ consta de dichos empleos por vn libro de quenta, y razon del Conde de la Roca su padre: por particiones, y inuentario hecho, y otorgado por el susodicho; tambien dize, que toca a este Mayorazgo vn juro, q̃ està puesto en su cabeça, vt diximus sup. nu. Y la mayor calificacion, y exclusion de la ponderacion contraria, es la notoriedad de auer cõprado el Conde de la Roca para el dicho Mayorazgo la Villa de Torremayor, y otros bienes rayzes, en conformidad de la voluntad del Obispo, q̃ fue de que se comprassen vacallos, y rayzes, como lo tiene declarado el Conde en su libro, y por peticion presentada en este pleyto, d. pieça 8. fol. 27. con q̃ se desvanece el fundamento de q̃ por no auer empleos, no ay Mayorazgo; por resistirle al Vizconde sus mismas declaraciones, y pretẽsiones, y la verdad, y certidumbre de dichos empleos.

Dixose a la vista deste pleyto por el Abogado del Vizconde, q̃ esta fundacion hecha por el Obispo del Cusco su tio (no obstãte la incompatibilidad de las clausulas della, con la fundacion del Mayorazgo de Tobar, sobre q̃ se litiga) no le podia perjudicar, respeto de que la demãda de Tenuta al Mayorazgo de Tobar no se introduxo, ni puso por incõpatible cõ esta donacion. Num. 77.

A que se responde, que la demanda de Tenuta se introduxo por doña Maria Antonia de Vera y Tobar, conforme a la fundacion del Mayorazgo de Tobar, y sus llamamientos, pidiendola como hija segũda, por tener, como tiene expresso llamamiẽto, ella, y su linea, con exclusion del primogenito, y de la suya, en el caso de suceder en dicho Mayorazgo hembra Num. 78.

bra que fuesse casada, ò se casasse con otro Mayorazgo; y el pedirle por incompatible con otro, fuera cõtra el tenor de su fundacion, vt ex supra dictis manifestè apparet.

Num.79. Y la ponderacion, que por esta parte se ha hecho de la fundacion, y clausulas del Mayorazgo de 40U. ducados de plata, fundado por el dicho Obispo en cabeça del dicho Vizconde, fue, y ha sido para conuencer por todos caminos el poco, ò ningun fundamento de la pretension contraria, pues aun en caso, & ex suppositione, que la fundaciõ del Mayorazgo de Tobar fuera de incompatibilidad, y no de segundogenitura, como lo es, en el caso de venir a suceder hembra, que estuuiesse casada con otro Mayorazgo, le obstauan al Vizconde las clausulas, y lo incõpatible del dicho Mayorazgo, fundado en su cabeça, por el grauamen preciso de nombre, y armas en mejor, y mas preheminente lugar, cuyo grauamen es incompatible con la fundacion del Mayorazgo de Tobar, que pide precisamente, que el sucessor hijo segundo, llamado en el caso referido, trayga perpetuamente solas las armas de los Fundadores, porque se conserue su memoria, y renombre.

Num.80. Ex quibus omnibus, parece indubitable la justicia de doña Maria Antonia de Tobar y Vera, y que se le deue dar la Tenuta que tiene pedida. Salua censura.

El Licenc. Don Luis de la Palma y Freitas.